

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 210-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 23 de julio del 2018.

VISTO:

El Expediente N° 201400065863 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., representada por la señora Miluska Marianela Cervantes Cornejo, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1887-2016 de fecha 21 de junio del 2016, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1887-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a la empresa SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., en adelante CERRO VERDE, con una multa ascendente a 950 (novecientos cincuenta) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, conforme al siguiente detalle:



| INFRACCIÓN | TIPIFICACIÓN | SANCIÓN |
|--|--|----------------------------|
| Infracción al artículo 38° del RPM¹ Por apilar mineral en el PAD de lixiviación 4A hasta la cota 2799.68 m.s.n.m. (celda 7) sin contar con autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería. | Numeral 1.3.2 del Rubro B ² | 950 UIT |
| TOTAL | | 950 UIT³ |

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM.

Reglamento de Procedimientos Mineros.

"Artículo 38°. - Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. (...)

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, (...)"

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno.

1.3. En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas, lixiviación y refinerías).

1.3.2. Autorización y funcionamiento.

Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18° del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299° del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM.

Sanción: Hasta 10,000 UIT.

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

"Resolución de Gerencia General N° 035

Artículo 1°. - APROBACIÓN

Aprobar los criterios para la aplicación de las sanciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD que aprueba la tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones de seguridad y salud ocupacional para las actividades mineras."

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Del 22 al 23 de mayo del 2014 se efectuó una supervisión a la Unidad Minera “Cerro Verde 1, 2 y 3”, de titularidad de CERRO VERDE.
 - b) A través del Oficio N° 1181-2014 notificado a CERRO VERDE el 29 de septiembre del 2014, que obra a fojas 349 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito presentado el 09 de octubre del 2014, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400065863, CERRO VERDE remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - d) A través del Oficio N° 617-2015-OS-GSM, se comunicó a CERRO VERDE la programación de la audiencia de informe oral para el día 23 de julio del 2015 a las 16:00 horas.
 - e) El 23 de julio del 2015 se llevó a cabo el informe oral con la presencia de los representantes de CERRO VERDE.
2. Mediante escrito del 20 de julio del 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400065863, CERRO VERDE interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 1887-2016, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la inexigibilidad de la autorización de funcionamiento para el PAD de lixiviación 4A

- a) Mediante Resolución Directoral N° 399-96-EM/DGM, del 5 de septiembre de 1996, la Dirección General de Minería (DGM) aprobó **la ampliación del área de la concesión de beneficio CERRO VERDE, otorgada por Resolución Directoral N° 308-96-EM/DGM, de 675.84 a 977.24 hectáreas** para la preparación de un PAD de lixiviación denominado “PAD 4A”, así como **autorizó el funcionamiento de la planta de beneficio** a una capacidad instalada de 31,000 TM/día para tratar los minerales obtenidos por la lixiviación, incluyendo todos sus componentes auxiliares y complementarios. (subrayado y negrita del administrado)

Teniendo en cuenta ello, indica que el procedimiento para la aprobación de la modificación de la concesión de beneficio “Cerro Verde” contempló dos fases principales, las cuales se encontraban reguladas en los artículos 37° (vigente al momento de la emisión de la R.D. N° 399-96-EM/DGM) y 38° del RPM⁴, de los cuales se desprende que tanto la autorización de

³Resolución N° 256-2013-OS/GG

ÚNICA. - El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035.

⁴ RPM aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

“Artículo 37°. - Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, **la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad**, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles.

La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. (...)” (énfasis agregado por la administrada)

construcción como la autorización de funcionamiento de una planta de beneficio (o su modificación) **SON OTORGADAS DE FORMA INTEGRAL E INCONDICIONAL**.

En consecuencia, indica que al emitir la Resolución Directoral N° 399-96-EM/DGM, la DGM aprobó el funcionamiento de la planta de beneficio "Cerro Verde", incluyendo sus componentes principales y auxiliares (e.g. PAD 4A) a una capacidad instalada de 31,000 TM/día para el tratamiento de mineral de cobre por el sistema de lixiviación, **SIN ESTABLECER** un "parámetro", "condición" o "limitación" para el funcionamiento de dicha concesión tales como serían: "Cota máxima de apilamiento" o la "necesidad de obtener una autorización de funcionamiento adicional". (subrayado, negrita y mayúscula del administrado).

Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 020-2012-EM, publicado el 6 de junio del 2012, se modificó el artículo 37° del RPM⁵, en el cual se estableció la obligación de obtener una "autorización de funcionamiento por etapas", aplicable a presas de relaves o PADS de lixiviación con métodos constructivos por etapas, conforme a los límites señalados en el título de concesión de beneficio o modificación.

Conforme a ello, señala que antes del D.S. N° 020-2012-EM, no existía la obligación de obtener la Autorización de Funcionamiento por Etapas, toda vez que el título de concesión de beneficio (o su modificación) autorizaba el funcionamiento integral de la planta, incluyendo todos sus componentes así este contemple un método de construcción por etapas. (subrayado del administrado)

Por tanto, si el titular de una concesión de beneficio tenía una presa de relaves o PAD de lixiviación con un método por etapas y al momento de la emisión del D.D. 020-2012 ya había puesto en funcionamiento 7 de las 10 etapas, no se le podía aplicar dicha norma con efecto retroactivo. En consecuencia, en su caso, el titular minero debió obtener una "Autorización de Funcionamiento por Etapas" únicamente para las etapas 8 al 10, debido a que el Decreto mencionado no es aplicable para situaciones anteriores a su emisión.

Esta interpretación es validada por la DGM en el Informe N° 789-2012-MEM-DGM/DNM, del 28 de septiembre del 2012 (anexo 1-E) y hacer una interpretación contraria no solo vulnera los Principios de Legalidad y Predictibilidad, sino que nos llevaría a **una aplicación retroactiva del D.S. N° 020-2012-EM**.

b) Por otro lado, indica que en la resolución impugnada se señala lo siguiente:

"Artículo 38.- **Concluidas la construcción e instalación de la planta**, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que **proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original**, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. (...)" (énfasis agregado por la administrada)

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos. (...)" (énfasis agregado por la administrada)

⁵ RPM modificado por Decreto Supremo N° 020-2012-EM

"Artículo 37°.- (...)

La construcción de los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, de acuerdo al proyecto aprobado, podrá ser ejecutada en más de una etapa; la misma que será autorizada por la Dirección General de Minería o gobierno regional, según corresponda, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería. Culminada la construcción de cada etapa, el titular minero comunicará a la autoridad competente, a fin de que esta última autorice su funcionamiento. (...)" (énfasis agregado por la administrada)

“El Decreto Supremo N° 020-2010-EM tiene el objeto de unificar los criterios que se venían aplicando por parte de la Dirección General de Minería en los casos de la construcción y funcionamiento de relaveras o pilas de lixiviación por etapas, a efectos que la Dirección General de Minería y los Gobiernos Regionales los apliquen de la misma manera”



De ello, advierte que un “criterio técnico” que no está sustentado en una norma legal **NO GENERA UNA OBLIGACIÓN** exigible al administrado, por lo que **NO SE PUEDE AFIRMAR QUE ANTES DE LA EMISIÓN DEL D.S. N° 020-2010-EM EXISTÍA LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTAR CON UNA “AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO POR ETAPAS” QUE DEBIÓ SER OBTENIDA POR LA RECURRENTE PARA LAS ETAPAS CONSTRUIDAS Y PUESTAS EN FUNCIONAMIENTO DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE SEPTIEMBRE DE 1996 Y MAYO DE 2012.** (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)



Además, ni en la R.D. N° 399-96-EM/DGM ni en ningún otro documento incluido en el presente procedimiento, la DGM recomienda o condiciona que la autorización de funcionamiento que le fue otorgada solo implicaba el apilamiento de mineral lixiviado hasta la cota 2,800 m.s.n.m. Por el contrario, la DGM considera que la recurrente tenía autorización de funcionamiento para apilar mineral lixiviado hasta la celda 9 del PAD 4A.

Siendo así, indica que una interpretación distinta a lo antes mencionado nos llevaría a pensar lo siguiente:

- (i) Las autorizaciones de funcionamiento o sus modificatorias son aprobadas parcialmente o están sujetas a una “condición invisible”.
- (ii) Si la DGM le hubiera indicado obtener autorizaciones adicionales, hubiera seguido el procedimiento para la modificación de concesión de beneficios debido a que no hay otro que se asemeje, lo cual implicaría que cada vez que se incremente la cota del PAD 4A se tendría que seguir este procedimiento para obtener la autorización de funcionamiento.

Llegar a estas conclusiones no solo vulnera el Principio de Legalidad sino también el de Predictibilidad contenidos en la LPAG.

Por tanto, señala que la imposición de “condiciones invisibles” como puede ser la obtención de autorizaciones fuera del procedimiento administrativo carece de sustento legal y vulnera sus derechos y, en ese sentido, debe tomarse en cuenta que no habría cometido la infracción consistente en “no contar con autorización de funcionamiento para apilar mineral en la Celda 7 del PAD 4A”, ya que esta autorización no le era exigible.

- c) Asimismo, indica que en la resolución de sanción se señala lo siguiente:

“Cabe señalar que, en la fecha de supervisión, la pila de lixiviación A4 contaba con autorización de funcionamiento aprobada por Resolución Directoral N° 339-96-EM/DGM, del 5 de septiembre de 1996 (fojas 80). El diseño de la pila de lixiviación contempló una capacidad de máxima disposición de 76.85 millones m3 de mineral a tratar en una pila de 88 metros de altura total, hasta la cota final de 2750 m.s.n.m. (fojas 310 vuelta, 69 y 316). Conforme se puede advertir, en la fecha de supervisión la pila de lixiviación 4A había excedido en 49.68 metros la cota final de 2750 m.s.n.m. autorizada en la Resolución Directoral N° 339-96-EM/DGM del 5 de setiembre de 1996 (fojas 80).

Asimismo, el levantamiento topográfico efectuado (fojas 101) determinó la existencia aproximada de 110.63 millones m³ de material depositado en la pila 4A, lo que permite establecer una disposición adicional no autorizada de 33.75 millones m³ (...)



Esta interpretación de la primera instancia vulnera no solo los **Principios del Debido Procedimiento, Legalidad y Motivación, sino también el de Confianza Legítima que la recurrente depositó en el procedimiento administrativo seguido ante la DGM en 1996,** debido a que sustentándose en el Informe N° 251-2014-MEM-DGM-DTM/PB le impone obligaciones posteriores al procedimiento mencionado, sancionándole por haber operado su concesión de beneficio "Cerro Verde" sin contar con autorización de funcionamiento, lo cual es errado por lo siguiente: (subrayado y negrita del administrado)

c.1) Mediante R.D. N° 339-96-EM/DGM obrante a fojas 80 del expediente, se autorizó el funcionamiento de la planta de beneficio "Cerro Verde" y sus componentes auxiliares y complementarios (PAD 4A), a una capacidad instalada de 31,000 TM/día, de forma **INTEGRAL Y SIN RESTRICCIÓN ALGUNA.** En consecuencia, no tiene sustento lo indicado por la Gerencia de Supervisión Minera-GSM de que existe un incumplimiento de no contar con autorización de funcionamiento en virtud de la resolución citada, debido a que esta no hace mención a una cota o límite de altura de apilamiento del PAD 4A. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)



c.2) La GSM se sustenta en el "diseño técnico" supuestamente aprobado por la R.D. N° 339-96-EM/DGM del 5 de septiembre de 1996, que obra a fojas 69 (versión inglés) y a fojas 316 (traducida) del expediente. Sin embargo, resulta imposible que este diseño haya sido aprobado por la resolución citada porque se emitió con posterioridad a ésta en fecha 20 de noviembre de 1996.

Además, en el numeral 5.3 del citado documento se consignó expresamente que las alturas ahí consignadas eran conceptuales, **NO DEFINITIVAS,** y por tanto se encontraban sujetas a variación a medida que se desarrollaría el proyecto de ampliación.

En ese sentido, señala que **el sustento utilizado por la Gerencia de línea para sancionarla es inaplicable, no solo por un tema de TEMPORALIDAD sino por su LEGITIMIDAD.** (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Aunado a ello, refiere que en el año 1996 aun **NO EXISTÍA UN FORMATO DE SOLICITUD PARA EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DE BENEFICIO O SUS MODIFICACIONES.** Recién en el año 1999, mediante el Decreto Supremo N° 052-99-EM, se aprobaron los requisitos técnicos que debe contar toda solicitud de aprobación o modificación de una concesión de beneficio lo cual se encuentra recogido en su artículo 4⁶.(subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

⁶ Decreto Supremo N° 052-99-EM

Artículo 4.- Modifícase el Artículo 35 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, cuyo texto, en adelante, será el siguiente:

"Artículo 35.- El solicitante de una concesión de beneficio deberá presentar una solicitud a la Dirección General de Minería con los mismos requisitos exigidos en los incisos a) b) y c) del numeral 1. y los incisos a) y b) del numeral 2. del Artículo 17 del presente Reglamento.

Asimismo, deberá acompañar la siguiente información técnica:

a) Breve Memoria descriptiva de la Planta y de sus instalaciones principales, auxiliares y complementarias de acuerdo a formato establecido por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas;



Complementando el citado artículo, la Resolución Directoral N° 259-99-EM/DGM, aprobó el primer “Formato de solicitud de concesión de beneficio y/o ampliaciones” (anexo 1-G), en el cual se señaló que las solicitudes debían contar con cierta información técnica vinculada a la capacidad instalada y otros aspectos, sin mencionar la necesidad de una ingeniería detallada.

Posteriormente en el año 2008, mediante Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM, se emite un nuevo formato en donde se establece que toda aprobación o modificación de concesión de beneficio requerirá de una ingeniería detallada. (anexo 1-H)

En esa línea, indica que resulta razonable que la R.D. N° 339-96-EM/DGM no tenga tal ingeniería al momento de su aprobación y solo establecía lineamientos y parámetros que eventualmente podrían ser materia de fiscalización.

Por tanto, conforme al artículo 18° del RSSO aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM⁷, la autoridad fiscalizadora debe sustentar sus decisiones en obligaciones señaladas en la normativa vigente, así como en documentos oficiales elaborados por una autoridad que generen obligaciones o recomendaciones al administrado.

Una interpretación contraria nos llevaría a sancionar al administrado por aspectos que se encuentran en documentos internos que no tienen respaldo en un estudio técnico oficial aprobado por la autoridad competente, como sucede en el presente caso.

- c.3) La Primera Instancia afirma que la supuesta existencia de una cota máxima autorizada para el apilamiento del PAD 4A, es confirmada por el Informe N° 251-2014-MEM-DGM-DTM/PB del 5 de agosto de 2014. (anexo 1-I)

Al respecto, indica que mediante este informe se le autorizó ampliar la capacidad de almacenamiento del PAD 4A para el apilamiento de mineral en las **Celdas 10 a la 13 y adicionalmente para independizarlas hidráulicamente del PAD 4A**, sin hacer mención a la celda 7. (subrayado y negrita del administrado)

Por lo que resulta cuestionable lo indicado por la Gerencia de Línea respecto a que mediante este informe se haya pretendido emitir una “autorización en vías de regulación” para las infraestructuras construidas en el 2009 según el diseño aprobado por la R.D. N° 339-96-EM/DGM; es decir, antes del D.S. N°020-2012-EM,

b) Copia del cargo de presentación del Estudio de Impacto Ambiental a la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas, realizado por cualquiera de las entidades inscritas en el Registro de esta última Dirección de acuerdo a las normas contenidas en la Resolución Ministerial N° 143-92-EM/VMM;

c) Autorización de uso de aguas expedida por el Ministerio de Agricultura; y,

d) El documento que acredite que el solicitante está autorizado a utilizar el terreno en el que construirá la planta, en el caso que dicho terreno sea de propiedad privada.”

⁷ RSSO aprobado por D.S. N° 055-2010-EM.

Artículo 18.- Artículo 18º.- Para definir el cumplimiento del presente reglamento, **los funcionarios y fiscalizadores externos de OSINERGMIN** –en el caso de Mediana y Gran Minería- y los funcionarios de los Gobiernos Regionales –en el caso de Pequeña Minería y Minería Artesanal-, deben:

a) Verificar en forma sistemática y objetiva el cumplimiento de: (...)

6. **Los parámetros de diseño establecidos en los estudios técnicos de operación minera.** (énfasis agregado)

ya que no se mencionó en este informe la regularización de apilamiento en la celda 7 porque este ya se encontraba **AUTORIZADO** bajo el criterio de la DGM. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Lo señalado en el párrafo precedente es confirmado en la propia resolución de sanción en la que se indica lo siguiente:

“El informe que sustenta esta resolución (informe DGM) indica una **cota de inicio** de apilamiento de **2800 m.s.n.m.**, que resulta coincidente con la **cota máxima** encontrada en la supervisión de Osinergmin (**2799.68 m.s.n.m.**).” (subrayado y negrita del administrado)

En consecuencia, si la DGM hubiese considerado que la cota de inicio para la emisión de la “autorización de construcción en vías de regularización” para el apilamiento de mineral lixiviado en las celdas 10 a la 13 era 2800 m.s.n.m., entonces las celdas construidas y en funcionamiento por debajo de 2800 m.s.n.m. (celda 1 al 9) **YA SE HUBIESEN ENCONTRADO AUTORIZADAS**; siendo así la celda 7 que se encuentra a una altura de 2799.68 m.s.n.m. estaba autorizada, allí la razón por la cual no se hace alusión a ésta en el informe. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Por otra parte, señala que este informe **es el primer documento oficial en el cual se hace alusión a la existencia de una “cota mínima o máxima” de almacenamiento**; asimismo en el informe se señala expresamente que dicha referencia a una “cota máxima” **NO EXISTÍA EN EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO QUE DIO ORIGEN A LA CONCESIÓN DE BENEFICIO “CERRO VERDE” Y A LA MODIFICACIÓN DE ESTA APROBADA POR LA R.D. N° 339-96-EM/DGM.** (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Cabe agregar que, la única sección del Informe en donde se hace mención a una cota máxima se encuentra en la subsanación de la “observación N° 3”, en la que se incluye un cuadro sinóptico, del que se puede concluir lo siguiente:

- El expediente administrativo que dio mérito a la modificación de la concesión de beneficio “Cerro Verde”, aprobado por la R.D. N° 339-96-EM/DGM **ÚNICAMENTE CONSIGNÓ** los siguientes datos: área impermeabilizada (80 hectáreas) y tonelaje (156), siendo el último dato aproximado según la DGM. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)
- Los otros datos consignados fueron obtenidos de la documentación interna de la recurrente **que no forman parte de los documentos evaluados para la emisión de la R.D. N° 339-96-EM/DGM.** Dentro de estos datos se encuentra la referencia a la existencia de una cota, la cual fue obtenida de la medición en la frentera principal en el año 2003. Entonces, de no ser cierto, la DGM lo hubiera observado y la hubiese incluido en el informe. (subrayado y negrita del administrado)

d) En la resolución de sanción se concluye lo siguiente:



"(...) tanto el diseño de ingeniería de la pila de lixiviación 4A (fojas 69 a 76, traducido de fojas 316 a 333) (documento interno) como el Informe de la Dirección General de Minería N° 251-2014-MEM-DGM-DTM/PB, del 5 de agosto de 2014 (fojas 310 a 312) (informe DGM), **DETERMINAN** que la autorización de funcionamiento aprobada por Resolución Directoral N° 339-96-EM/DGM del 5 de setiembre de 1996 (fojas 80) contemplaba **una cota final de 2750 m.s.n.m. para la disposición de 156 millones de toneladas métricas en una pila de 88 metros de altura.**" (subrayado y negrita del administrado)

"Asimismo, el levantamiento topográfico efectuado (fojas 101) determinó la existencia **de 110.63 millones m3** de material depositado en la pila 4A, lo que permite establecer una disposición adicional **no autorizada de 33.78 millones m3**, factor que incide en la evaluación de la estabilidad física del componente." (subrayado y negrita del administrado)

"Con relación al descargo j), corresponde señalar que, durante la supervisión del 1 de octubre de 2009, **CERRO VERDE AUN VENIA OPERANDO LA PILA DE LIXIVIACIÓN 4A SEGÚN LOS PARAMETROS AUTORIZADOS** toda vez que venía conformando la capa 16 con mineral chancado **a una cota promedio de 2742 m.s.n.m. (fojas 298), por debajo de 2750 m.s.n.m. autorizados.**

En consecuencia, se encuentra acreditado el incumplimiento imputado. (!!)" (subrayado y negrita del administrado)

Al respecto, señala que estas conclusiones son totalmente equivocadas debido a que R.D. N° 339-96-EM/DGM **NO SEÑALA COTA ALTURA DEL PAD O CAPACIDAD DE APILAMIENTO**, conforme a lo referido en los párrafos precedentes, siendo así la resolución de sanción carece de motivación lo cual contraviene el derecho al debido procedimiento que le asiste, por lo que debe declararse nula. (subrayado y negrita del administrado)

- e) Asimismo, indica que la primera instancia ha interpretado erróneamente el Informe N° 251-2014-MEM-DGM-DTM/PB sobre ampliación del PAD 4A (celdas 10 a la 13) en vía de regularización, debido a que considera este Informe como una "autorización administrativa"⁸ a través del cual las celdas 10 a la 13 han sido autorizadas en vía de regulación.

Sin embargo, esto no resulta posible, dado que **no existía un procedimiento administrativo regulado para la obtención de "autorizaciones en vía de regularización", por lo que en realidad el Informe de la DGM se trataba de una "verificación"**⁹ en la que los ingenieros observaron que el desarrollo de la actividad constructiva se haya realizado acorde con la R.D. N° 339-96-EM/DGM. (subrayado y negrita del administrado)

Además, las celdas 10 a la 13 ya venían operando desde el 2009, antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2010-EM, por lo que no le era aplicable la obtención de una autorización adicional fuera de la R.D. N° 339-96-EM/DGM.

⁸ La autorización, es definida como "un acto administrativo que declara el derecho a la realización de una actividad en régimen de libre iniciativa (...) previo control de su legalidad u oportunidad. Siendo así, la característica básica de la autorización **es que se trata de un acto que constituye un título habilitante, declarado por la administración pública, para realizar una actividad económica, el cual es el culmen de un procedimiento administrativo previo.**

⁹ **Una verificación o comprobación administrativa es una constatación reglada, de carácter eminentemente técnico, que constituye mas que todo un acto administrativo de juicio, y no una declaración o habilitación administrativa.** (énfasis agregado por la administrada)

- f) El artículo 299° del RSSO¹⁰ dispone que los depósitos o presas de relaves y PADS de lixiviación sean fiscalizados de acuerdo a la autorización de **funcionamiento del proyecto** aprobado. De ello se entiende la existencia de una **ÚNICA Y UNIVERSAL** autorización de funcionamiento del proyecto, la cual es otorgada por la DGM conjuntamente con el título de concesión de beneficio (o alguna modificación) que pone fin al procedimiento administrativo.

Ahora bien, los PADs de lixiviación son componentes de las plantas de beneficio y el ordenamiento jurídico no ha previsto la emisión de “autorizaciones de funcionamiento” por componentes, más aún cuando estos se encuentran dentro del expediente técnico de aprobación o modificación de concesión de beneficio. (subrayado y negrita del administrado)

En esa línea, indica que no estaba obligada a obtener autorizaciones posteriores a la R.D. N° 339-96-EM/DGM para el apilamiento del mineral lixiviado en el PAD 4A.

- g) Finalmente, señala que la infracción administrativa tiene como componente jurídico la antijuricidad y un comportamiento es antijurídico cuando resulta contrario al ordenamiento jurídico, cuando se aparta de las normas imperativas o regulativas que establecen mandatos o prohibiciones.¹¹ (subrayado y negrita del administrado)

Ahora bien, nunca existió el deber de tramitar una “autorización de funcionamiento” para la construcción y funcionamiento por etapas del PAD 4A bajo el artículo 38° del RPM, porque ya había sido autorizada mediante la R.D. N° 339-96-EM/DGM. Además, el citado artículo no regula una “autorización de funcionamiento” posterior o adicional a aquella otorgada conjuntamente con la concesión de beneficio.

Por tanto, la acción que realizó de ir construyendo por etapas su PAD 4A sin necesidad de haber obtenido una autorización de funcionamiento no es una acción antijurídica, porque no existe una base legal que regule ello. La GSM no determinó válidamente la existencia de una infracción administrativa.

Respecto al TUPA del MINEM.

- h) Indica que la GSM pretende sancionarla en virtud de lo señalado en el TUPA del MINEM, tal como se desprende de la Resolución Impugnada en donde se señala lo siguiente:

*“SMCV debió iniciar “el procedimiento **CM01** del TUPA del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, **vigente al 2009** en el cual se estableció como supuestos de modificación de la concesión de beneficio, sujetos a un procedimiento de evaluación previa.*

- a) *Ampliación de área.*
- b) *Ampliación de capacidad instalada.*
- c) *Instalaciones adicionales sin modificar la capacidad instalada.*

¹⁰ RSSO aprobado por D.S. N° 055-2010-EM.

“ARTÍCULO 299°. - Los depósitos de relaves, pilas de lixiviación (PADs) y botaderos se fiscalizarán de acuerdo a la autorización **de funcionamiento del proyecto** aprobado por la autoridad minera competente. Para la operación de los depósitos. (...)” (énfasis agregado por la administrada)

¹¹ La administrada cita a CANO CAMPOS, Tomas: Las sanciones de tráfico. Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2011. Páginas 191, 194 y 195.

- d) *Autorización de nuevo depósito de relaves o su recrecimiento.*
- e) *Nuevo PAD de lixiviación o ampliación.*

Sin embargo, se trata de un **SUSTENTO LEGALMENTE INCORRECTO**, pues el TUPA del MINEM (y en general cualquier TUPA) no constituye fuente de obligaciones para los administrados que no encuentren un correlato en una norma de mayor o igual jerarquía distinta a la cual aprueba el TUPA. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Al respecto, del artículo 36° de la LPAG se advierte que el TUPA es un instrumento de gestión interna que contiene información sobre los procedimientos, requisitos, costos de tramitación y calificación de estos, que cada entidad estatal debe elaborar para organizar y gestionar de manera eficiente su interrelación con el administrado. Asimismo, según el artículo 37° de la LPAG, todos los procedimientos de iniciativa de parte deben estar consignados en el TUPA siempre y cuando tenga un **RESPALDO LEGAL**.¹²

Lo anterior implica que el TUPA es un compendio de procedimientos administrativos que permiten al administrado cumplir con una determinada obligación u obtener un derecho que ha sido previamente contemplado en una norma legal distinta a la cual aprobó el TUPA. En ese sentido, el **TUPA NO ES EL INSTRUMENTO QUE CREA LA OBLIGACIÓN SINO SIMPLEMENTE AQUEL QUE LA HACE VIABLE O MATERIALIZA**, regulándola en un marco de predictibilidad para el administrado. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Ahora bien, el TUPA del MINEM aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, **INCLUYÓ POR PRIMERA VEZ**, dentro de los procedimientos de modificación de la concesión de beneficio, el “sub procedimiento” denominado “Nuevo PAD de Lixiviación o Ampliación” incorporando dentro de su texto la siguiente nota:

“Nota. - En el procedimiento se siguen las mismas 2 etapas que en los anteriores”

Dentro de dichas etapas encontramos:

*(..) dos etapas puntuales: la primera es la evaluación de la solicitud, **la aprobación del diseño del depósito de relaves (PAD de lixiviación) y la autorización de construcción**, la última comprende **la inspección de verificación y la autorización de funcionamiento.**”* (negrita y subrayado del administrado)

Conforme a ello, utilizando la propia interpretación del MINEM en el TUPA antes mencionado, ambas autorizaciones de construcción y funcionamiento **COEXISTEN** y la segunda depende de la existencia de la primera, no pudiendo ser otorgadas de forma independiente, paralela o diferida en el tiempo.

¹² T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo 36.- Legalidad del procedimiento.

36.1 **Los procedimientos administrativos, requisitos y costos** se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, por Ordenanza Regional, por Ordenanza Municipal, por la decisión del titular de los organismos constitucionalmente autónomos **Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad (...)**”

“Artículo 37.- Contenido del Texto Único de Procedimientos Administrativos.

37.1 Todas las entidades elaboran y aprueban o gestionan la aprobación, según el caso, de su Texto Único de Procedimientos Administrativos, el cual comprende:

1. Todos los procedimientos de iniciativa de parte requeridos por los administrados para satisfacer sus intereses o derechos mediante el pronunciamiento de cualquier órgano de la entidad, **siempre que esa exigencia cuente con respaldo legal**, el cual deberá consignarse expresamente en el TUPA con indicación de la fecha de publicación en el Diario Oficial. (...)



Por lo tanto, señala que cualquier construcción o incremento de altura que se encuentre dentro de los parámetros establecidos en la resolución que aprobó el funcionamiento del PAD de lixiviación **NO SERÁ CONSIDERADO RECRECIMIENTO O AMPLIACIÓN**, sino solo en caso se desee construir POR ENCIMA de dichos parámetros o límites, lo cual implicaría la **MODIFICACIÓN** del título de concesión de beneficio previamente aprobado. Teniendo en cuenta ello, el caso del PAD 4A no se encontraba en el supuesto de recrecimiento o ampliación, toda vez que el funcionamiento de éste fue aprobado por R.D. N° 339-96-EM/DGM y la recurrente ha cumplido con los parámetros ahí establecidos. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Ahora bien, la Gerencia de Línea inició el PAS sobre el supuesto incumplimiento de un procedimiento establecido en un TUPA que no cuenta con sustento legal; es decir, la “Autorización de Recrecimiento o Ampliación” no se encontraba en la regulación minera, y en caso cuente con respaldo legal, ¿porque se le sancionó por no contar con una “Autorización de Funcionamiento” cuando lo que correspondía era obtener una “Autorización de Ampliación” según el TUPA?.



Siendo así, resulta incorrecta la interpretación de la primera instancia al señalar que: “*el hecho de que el TUPA del MINEM haya considerado procedimientos administrativos destinados al recrecimiento o ampliación del PAD de lixiviación, implica que ésta debió seguir el procedimiento establecido en el artículo 38° del RPM*”, toda vez que dicho artículo **NO REGULA UN SUPUESTO DE RECRECIMIENTO O MODIFICACIÓN**. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión que la GSM al no contar con un sustento legal de exigirle que cuente con una “Autorización de Recrecimiento o Ampliación” para el apilamiento de mineral en la Celda 7 y a fin de no archivar el caso por un defecto de tipicidad, decidió “encauzar” de forma ilegal el supuesto incumplimiento a una obligación **TOTALMENTE DISTINTA** como lo es la obtención de la “Autorización de Funcionamiento”, regulada en el artículo 38° del RPM, aplicable **ÚNICAMENTE** en el procedimiento de obtención del título de una concesión de beneficio; lo cual se refuerza al revisar la R. D. N° 286-2010-OS/GG, empleada para la determinación de la infracción, la cual no tipifica sanción alguna por **NO CONTAR CON AUTORIZACIÓN DE RECRECIMIENTO O AMPLIACIÓN**. (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)

Por lo tanto, se debe tener en consideración que la labor de imputación de cargos debe realizarse de manera cuidadosa, toda vez que cualquier “variación” o “desnaturalización” del supuesto de hecho o el respaldo legal de dicha infracción puede devenir en la nulidad del procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la vulneración del Principio de Predictibilidad

- i) Este principio está regulado en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG¹³, el cual incorpora en su ámbito de aplicación tanto al Principio de Seguridad Jurídica

¹³ T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

como al de Previsibilidad y este último según MORÓN involucra que el suministro de cualquier información a los ciudadanos sobre secuencias del procedimiento, competencias administrativas, tasas o derechos de trámite, **CRITERIOS ADMINISTRATIVOS ANTERIORES**, entre otros, permitan a los ciudadanos anticiparse y planificar sus actividades. (...) Para ello, en principio, la Ley incorpora algunas reglas que refuerzan la predictibilidad a través de los precedentes (art. VI). (subrayado, negrita y mayúscula del administrado)



Sobre el último punto se tiene que el precedente administrativo es fuente del procedimiento administrativo, conforme al artículo V de la LPAG¹⁴ y según MORÓN tiene que cumplir con ciertos aspectos tales como reposar en un acto administrativo que haya quedado firme y que éste recaiga sobre indeterminaciones normativas o interpretativas.

En esa línea, indica que este Tribunal mediante Resolución N° 139-2015-OS/TASTEM-S2, del 21 de agosto del 2015, correspondiente al Expediente N° 038-2011 (anexo 1-J), resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa GOLD FIELDS LA CIMA S.A., tomando en consideración la opinión emitida por la Dirección General de Minería en la cual concluye que los “criterios técnicos” a través de los cuales se le exigía a dicha empresa la obtención de una “autorización de funcionamiento” por cada etapa construida en su presa de relaves, como en el caso del PAD 4A de la recurrente, no tenía base legal que lo haga exigible.



Siendo así, de la revisión de la Resolución antes citada, hay dos aspectos que tomó en consideración el Tribunal para sustentar su decisión:

- El hecho de que todo “criterio técnico” **DEBE ENCONTRAR SUSTENTO EN UNA NORMA** esto le brinda seguridad jurídica a cualquier procedimiento y al igual que a GFLC, la GSM tiene intención de sancionarla bajo el mismo criterio de no haber obtenido la correspondiente “autorización de funcionamiento de la Celda 7 (etapa)”, autorización que no existía hasta la emisión del D.S. N° 20-2012-EM, por lo que no le era exigible a GFLC ni a la recurrente.
- La resolución mediante la cual se otorgó o modificó un título de concesión de beneficio **SEÑALE EXPRESAMENTE** los parámetros y límites a los cuales el derecho otorgado se encuentra sometido, lo que le permite al administrado tener certeza respecto al alcance de sus derechos y, así, evitar la imposición de una sanción administrativa.

Por tanto, al ser el caso de Gold Fields, similar al presente caso, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Impugnada, de lo contrario se contravendría el Principio de Predictibilidad, de Confianza Legítima y el de Igualdad.

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. (...)”

¹⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444.

”Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo.

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

En cuanto a la Vulneración del Principio del Debido Procedimiento y del Derecho a la Defensa.

- j) El Principio del Debido Procedimiento está regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG¹⁵, norma que garantiza el derecho del administrado a exponer los argumentos y el derecho a ser oído, **esto implica que la resolución de un expediente analice cada uno de los argumentos, pruebas y documentos aportados por el administrado y los incluya en su análisis para resolver el procedimiento.**

Asimismo, el artículo 5.4 de la LPAG establece que el contenido del acto administrativo debe contener todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados y el numeral 161.1 del artículo 161° de la LPAG establece el derecho de los administrados de formular alegaciones y defensas y que éstas sean analizadas por la autoridad al resolver.¹⁶

En atención a ello, indica que **nada de lo citado anteriormente ha sido aplicado por la GSM al resolver el expediente materia de impugnación,** pues ni en la instrucción ni en los informes técnicos y legales que sustentaron el fin del procedimiento ni en la Resolución de Impugnación se han analizado los argumentos, pruebas y hechos que aportó en sus descargos formulados en este PAS. (subrayado y negrita del administrado)

Por el contrario, la resolución impugnada se basa en el medio probatorio contenido en el informe DGM, el cual contiene datos inexactos respecto a las medidas aprobadas para el almacenamiento de mineral en el PAD 4A, debido a que se encuentra referido únicamente a las celdas 10 a 13 y no a las celdas 1 a 9, cuyo funcionamiento fue autorizado mediante la R.D. N° 399-96-EM/DGM, cuando se aprobó la ingeniería de detalle original del proyecto.

Asimismo, se basa en un documento anexo al Informe de Supervisión que es el Estudio de Ingeniería de Detalle de la Planta de CERRO VERDE de noviembre de 1996, el cual **NUNCA FUE ENTREGADO POR CERRO VERDE A LA GSM Y TAMPOCO HA SIDO OBJETO DE DISCUSIÓN EN LA FISCALIZACIÓN;** sin embargo, este estudio de detalle fue elaborado después de la emisión de la autorización de funcionamiento del PAD 4A por lo que no sustentó ni fue parte de la R.D. N° 399-96-EM/DGM, la misma que no establece ni cotas ni

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. (...)"

¹⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo. (...)

5.4 **El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados,** pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes." (énfasis de la administrada)

"Artículo 161.- Alegaciones.

161.1 Los administrados **pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.** (...)" (énfasis de la administrada)

tampoco una capacidad máxima de almacenamiento. (subrayado, mayúscula y negrita del administrado)

Siendo así, alega que se habría vulnerado su derecho al debido procedimiento sancionador y la Presunción de Inocencia, toda vez que se le sancionó en base a la valoración errónea de un documento impertinente al procedimiento sancionador lo cual constituye una causal de nulidad prevista en los numerales 1) y 2) del artículo 10° de la LPAG.



Respecto a la nulidad de la Resolución debido a que se lesiona la Garantía Constitucional de Irretroactividad de las Normas.

- k) Mediante el D.S N° 020-2012-EM se modificó el TUPA del MEM y respeto al procedimiento denominado CM01 “Procedimiento de otorgamiento, modificación y oposición de concesión de beneficio”, se incluyó la regulación de una Autorización para el “Recrecimiento” de instalaciones de la Concesión de Beneficio.

Al respecto, indica que la imputación del supuesto incremento de la altura de apilamiento del PAD 4A tuvo lugar antes del 2012 (puesto que está referida a la Celda o Etapa 7 de su “construcción”), y en esa fecha la regulación minera no contemplaba la obtención de una autorización de funcionamiento adicional para el recrecimiento de un PAD de lixiviación, por lo que no hay sustento legal para que la GSM le haya atribuido responsabilidad. (subrayado y negrita del administrado)



Además, del Informe de la DGM se puede interpretar que las celdas 1 al 9 no requerían una autorización adicional para su funcionamiento, caso contrario se le hubiera requerido o al menos mencionado en el Informe. Recién con la emisión del decreto antes mencionado la interpretación varía debido a que cualquier “recrecimiento” en la capacidad de almacenamiento autorizada debe obtener una autorización de funcionamiento. (subrayado y negrita del administrado)

Sin embargo, la GSM le sancionó sustentándose en el D.S N° 020-2012-EM, el cual no le era exigible ya que no se encontraba vigente al momento de que tramitó y obtuvo la aprobación de la modificación de su concesión de beneficio (y la respectiva autorización de funcionamiento) para la ampliación de la capacidad instalada de la planta “Cerro Verde” y sus instalaciones auxiliares y complementarias (incluyendo, el PAD 4A).

Lo anterior lesiona la garantía constitucional de la retroactividad de la aplicación de las leyes, especialmente las sancionadoras, prevista en el artículo 103° de la Constitución¹⁷; en consecuencia, la Resolución Impugnada deviene en nula conforme al numeral 1) del artículo 10 de la LPAG.¹⁸

¹⁷ Constitución Política del Perú.

“Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (...)” (énfasis agregado por la administrada)

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo 10.- Causales de nulidad Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)”

En cuanto a la vulneración del Principio de Legalidad Punitiva y del Sub principio de Taxatividad.

- l) El Principio de Legalidad regulado en el literal d) del numeral 24° del artículo 2° de la Constitución¹⁹, establece que *“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca como infracción punible (...)”*. Asimismo, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0010-2002-AL/TC, ha establecido que este principio exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino **también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por ley, prohibiéndose el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.** (subrayado y negrita del administrado)

El Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 246° de la LPAG²⁰, establece que *“Solo constituyen conductas sancionables administrativas las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación (...)”*, así también el Tribunal Constitucional ha señalado que *“El Sub Principio de Tipicidad o Taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del Principio de Legalidad respecto del límite que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos que las prohibiciones que define sanciones, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal”²¹*. (subrayado y negrita del administrado)

En atención a ello, a la luz de la legislación constitucional y administrativa, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la tipificación por medio de cláusulas generales o por vía de remisión es considerada inconstitucional.²²

Ahora bien, indica que se le sancionó por infringir el artículo 38° del RPM y dicha infracción se corresponde con el tipo previsto en el numeral 1.3.2 “Autorización de funcionamiento” del rubro B “incumplimiento de normas técnicas de seguridad minera”, de la “tipificación” de infracciones y Escala de multas de Sanciones y Seguridad y Salud Ocupacional para las actividades mineras, aprobada por la Resolución del Consejo Directivo N° 286-2010-OS-CD.

Al respecto, considera que este tipo infractor **es una “norma sancionadora en blanco”, ya que se remite al incumplimiento de las “normas técnicas en seguridad minera” con una referencia genérica e inespecífica al incumplimiento de los artículos 27° y 38° del RPM y no describe expresa y taxativamente los aspectos materiales de la conducta a ser reprimida,**

¹⁹ Constitución Política del Perú.

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. (...)”

²⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente **las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación** como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. (...)” (énfasis agregado por la administrada)

²¹ Fundamento N° 5 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

²² Cita los fundamentos N° 4 y 5 de la STC Expediente N° 2050-2002-AA, el fundamento N° 12 de la STC Expediente N° 01873-2009-PA/TC y el fundamento N° 40 de la STC Expediente N° 01873-2009-PA/TC; asimismo, cita al autor español Agustín Ruiz Robledo.

contraviniendo el Principio de Legalidad y su variante que es el Principio de Tipicidad o Taxatividad. (subrayado y negrita del administrado)

Siendo así, nunca pudo efectuar adecuadamente su defensa debido a que no conocía con certeza el tipo que da origen a la infracción imputada, sobre todo si no existe típicamente el hecho infractor. Por tanto, la imposición de una sanción administrativa por una infracción que no está debidamente tipificada es inconstitucional, debiéndose declarar nula la resolución impugnada conforme al numeral 1) del artículo 10° de la LPAG.

En cuanto a la vulneración de la Garantía Constitucional de la Presunción de Inocencia y de la Garantía Legal de la Presunción de Licitud.

- m) La Presunción de Licitud regulada en el numeral 9) del artículo 246° de la LPAG, establece que *“Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”*. Dicha presunción de licitud deriva del derecho constitucional a la presunción de inocencia regulado en el literal e) del numeral 24° del artículo 2° de la Constitución, que señala que *“Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”*.²³

En tal sentido, indica que tiene el derecho a que se presuma su actuación lícita, mientras que OSINERGMIN tiene la obligación de demostrar tanto en la Resolución Impugnada como en los informes técnicos que le sirven de motivación, que la recurrente ha violado algún deber u obligación normativa para imputarle una infracción administrativa que amerite la imposición de una sanción.

Sin embargo, la GSM no ha logrado vencer la presunción de licitud que le asiste, porque no ha probado dentro del procedimiento que (i) tenía la obligación de tramitar una *“autorización de funcionamiento”* por el crecimiento de los niveles de la cota autorizada por la concesión de beneficio, mediante R.D. N° 399-96-EM/DGM y (ii) haya violado expresamente algún deber u obligación administrativa establecida en el artículo 38° del RPM.

Respecto al primero, se tiene que a la fecha de autorización de la construcción y funcionamiento del PAD 4A, no existían ninguna norma que estableciera obtener una *“autorización de funcionamiento”* por cada crecimiento de los niveles inferiores de la cota máxima autorizada para la concesión de beneficio y OSINERGMIN no ha probado lo contrario. Asimismo, respecto a lo segundo, OSINERGMIN no ha demostrado que se ha violado algún deber u obligación administrativa establecida en el artículo 38° del RPM. En ningún caso obra Informe Técnico o Legal que demuestre dicho incumplimiento. (subrayado y negrita del administrado)

²³ T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)”

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. (...)” (énfasis agregado por la administrada)

Constitución Política del Perú.

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: (...)”

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. (...)”

En consecuencia, la resolución impugnada vulnera el derecho a la Presunción de Licitud, por lo que se incurre en una causal de nulidad prevista en el numeral 1) del artículo 10° de la LPAG.

En cuanto a la vulneración del Derecho Constitucional a la Igualdad.

- n) El derecho fundamental a la Igualdad está reconocido por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución²⁴ y respecto a este, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 004-2006-PI/TC indicó que consiste en ser tratado igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias. (subrayado y negrita del administrado)

Indica que este derecho ha sido vulnerado por la Gerencia de Fiscalización Minera al momento de aplicar una irracional sanción de 950 UIT, debido a que en otras resoluciones dictadas por OSINERGMIN entre los años 2012 y 2015 se han aplicado sanciones sustancialmente menores, para empresas que han operado relaveras sin autorizaciones de construcción, sin contar con concesión de beneficio o por operar sin “autorizaciones de funcionamiento por etapas”, infringiendo los artículos 37° y 38° del RPM.²⁵

Como, por ejemplo, la Resolución N° 500-2015 del 9 de marzo del 2015 emitida por la Gerencia General de OSINERGMIN, en la cual se aplicó una multa de 100 UIT por operar una instalación complementaria sin contar con “autorización de funcionamiento” (artículo 38° del RPM), mientras que en este caso por la misma infracción se le sancionó con 950 UIT.

Asimismo, en el caso de la empresa MINERA GOLD FIELDS LA CIMA, el TASTEM mediante Resolución N° 139-2015-OS/TASTEM-S2 revocó la sanción impuesta por primera instancia, teniendo como fundamento la opinión del MEM, según la cual una empresa no puede ser sancionada debido a que cuenta con una autorización que no establece etapas de construcción ni de funcionamiento, y es lo que sucede con la recurrente la cual cuenta con una autorización para construir el PAD 4A desde la etapa 1 al 9 sin tener etapas que tengan que ser aprobadas por la autoridad minera. El Informe del año 2015 autoriza la construcción de las etapas 10 al 13, pero no menciona la 7, debido a que fue aprobada por la resolución de 1996 que autorizó la construcción de toda la planta de beneficio que incluye el PAD 4A.

En tal sentido, OSINERGMIN ha aplicado una sanción que desconoce el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley, ya que ante un mismo supuesto de hecho aplica diferentes consecuencias jurídicas y, peor aún, desconoció sus propios

²⁴ Constitución Política del Perú.

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. (...)”

²⁵ Adjunta un cuadro en donde cita los números de las resoluciones, las compañías, las razones porque fueron sancionadas y las multas impuestas, que obra de fojas 487 a 489 del expediente.

precedentes administrativos previos. En consecuencia, la resolución impugnada resulta nula por contravenir el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG.

En cuanto a la falta de motivación de la Resolución Impugnada.

- o) El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03020-2012-AA ha precisado que el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un conjunto de derechos constitucionales que forman parte de su estándar mínimo, entre los cuales se encuentra el derecho a la motivación, el cual está regulado en los artículos 3° y 6° de la LPAG²⁶, en los que se precisa que todo acto administrativo debe ser motivado, es decir, deben expresamente señalar una relación de los hechos probados que permiten resolver el caso concreto, así como la exposición de las razones normativas que permiten justificar la emisión del acto específico.

De lo expuesto se extraen dos conceptos (i) el de motivo que es el antecedente que provoca el acto, es decir, una situación legal o de hecho prevista por la ley como presupuesto necesario de la actuación administrativa y (ii) el de motivación que es el juicio que forma la autoridad al apreciar el motivo y al ligarlo con la disposición de la ley aplicable. (subrayado del administrado)

Ahora bien, indica que OSINERGMIN no ha cumplido con motivar debidamente la Resolución Impugnada y expresar los motivos para sancionarla, debido a que en su página N° 10 no existe justificación normativa y solo señala que debió pedir una “ampliación” de la capacidad de lixiviación bajo el marco normativo anterior al D.S. N° 020-2012-EM y luego señala que bajo este Decreto se “*unificó los criterios de la DGM en materia de construcción y funcionamiento de relaveras o PAD’s de lixiviación por etapas*”, por lo que se tenía que tramitar “una autorización de funcionamiento” para la cota comprendida entre los 2,750 m.s.n.m. y 2,799 m.s.n.m..

Sin embargo, todos estos argumentos no tienen asidero legal, porque se evidencia la aplicación retroactiva del D.S. N° 020-2012-EM y el análisis incongruente del artículo 38° del RPM en su texto vigente antes de la vigencia del mencionado decreto, debido a que como ya se mencionó la aprobación de la modificación de la concesión de beneficio “Cerro Verde” en donde se incluyó el PAD 4A fue emitida en 1996, conjuntamente con la autorización de funcionamiento, lo cual implicaba que eventualmente se tendría que ir realizando operaciones constructivas hasta llegar a la capacidad instalada y cuando se llegó a esta capacidad en el año 2008 aún no estaba vigente el D.S. N° 020-2012-EM que exige a los titulares mineros obtener autorizaciones de construcción y funcionamiento por etapas.

Así la resolución impugnada adolece de vicios insubsanables que están tipificados en los numerales 1) y 2) del artículo 10° de la LPAG por lo que se debe declarar su nulidad.

²⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)”

“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo.

6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.” (énfasis agregado por la administrada)

Respecto al Cálculo de la Multa.

- p) Mediante Resolución N° 1-2013-OS/STOR-TASTEM del 20 de septiembre del 2013, se aprobó el Lineamiento Resolutivo IX del TASTEM, en el cual se estableció lo siguiente:

“No es procedente la aplicación de criterios específicos de determinación de la sanción, aprobados por la Gerencia General, que no estuvieran vigentes al momento de la comisión de la infracción. (...)” (subrayado del administrado)

“Debe añadirse que este Tribunal (TASTEM) no descarta la aplicación de un criterio específico de sanción vigente con posterioridad a la fecha de comisión de la infracción, **solo que ello será procedente si previamente se ha determinado que la sanción prevista allí es más favorable** al infractor que la metodología del cálculo aprobada por estudios económicos o el criterio específico de sanción vigente al momento de la comisión de la infracción, tal como de forma expresa dispone la Ley N° 27444” (subrayado y negrita del administrado)

Ahora bien, indica que se le habría sancionado con una multa ascendente a 950 UIT, por apilar mineral en el PAD 4A hasta la cota 2,799.68 m.s.n.m. cuando su cuota autorizada era de 2,750 m.s.n.m., durante el periodo comprendido **entre diciembre de 2009 hasta noviembre de 2012**, utilizando como sustento la Resolución N° 256-2013-OS-GG del 23 de noviembre del 2013, en adelante Resolución del 2013.

Sin embargo, conforme al lineamiento resolutivo antes mencionado se le debió aplicar la Resolución de Gerencia General N° 035, del 29 de diciembre del 2010, en adelante Resolución del 2010, debido a que esta se encontraba vigente durante el periodo de funcionamiento ilícito y no la Resolución N° 256-2013-OS-GG, en adelante Resolución del 2013, que entró en vigencia con posterioridad, siendo su aplicación **totalmente contraria a los principios del Debido Procedimiento, Legalidad y Tipicidad**.

Además, con respecto a la excepción que se contempla en el Lineamiento Resolutivo, la GSM no realizó el análisis respectivo sobre si la aplicación de los criterios establecidos en la Resolución del 2013 le es más favorable en contraste con la Resolución del 2010 (vigente al momento de la comisión de la infracción).

Al respecto, señala que en la Resolución del 2013 se establece un monto mínimo de la multa, la cual no puede ser inferior al 1% del valor tope de la multa, y aplicado al presente caso por presuntamente no contar con autorización de funcionamiento la multa no será menor a 100 UIT; criterio que le es menos favorable a comparación con la Resolución del 2010 en donde no se establece este tope mínimo de la multa.

Siendo así, advierte que estas “multas mínimas”, son contrarias al procedimiento administrativo sancionador y al Principio de Razonabilidad debido a que no se han considerado las circunstancias particulares de la comisión de la infracción, lo cual le es desfavorable debido a que en ningún caso recibirá una multa inferior a 100 UIT (a pesar que el monto del beneficio ilícito sea menor o se haya incurrido en gastos para subsanar la infracción), lo cual refuerza que la Resolución del 2010 le es más favorable, por lo que se debe declarar nulo el cálculo de la multa.

Por otro lado, indica que, conforme al Estudio de Multas del Sector Energía, a los Documentos de trabajo N° 10 y N° 18, y a las Resoluciones del 2010 y del 2013, el cálculo de la multa responde de manera general a la siguiente fórmula:

$$M = (\beta) * \sum FA$$

Siendo:

Factor β : Es la ventaja económica del infractor que incluye los siguientes conceptos:

- (i) Costos evitados: Se relacionan con la omisión (costo evitado) o postergación (costo postergado) de las inversiones destinadas a cumplir la norma imputada.
- (ii) Beneficio ilícito obtenido; se relacionan con la utilidad (ganancia neta luego del pago de impuestos y otros gastos) generada como consecuencia del incumplimiento.

FA: Factores agravantes y atenuantes de la multa:

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.
- El perjuicio económico causado.
- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción.
- El beneficio ilegalmente obtenido.
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Tope mínimo de la multa: No aplica.

Sobre la base de estos criterios, en función de la existencia o no del daño ambiental, OSINERGMIN considera que las multas se aplican bajo los siguientes escenarios:

- (i) Multa ex ante: no ha ocurrido un daño.
- (ii) Multa ex post: ha ocurrido un daño, que sería factor D al cual se carga un "α" de D, siendo "α" un porcentaje reducido (hasta 5%).

Según la Resolución del 2010 (vigente al momento de la comisión de la infracción) se tiene lo siguiente:

- Factor β : Es el costo evitado, costo postergado o la ganancia ilícita.
- Factor A: Establece un porcentaje de hasta 15% como factor agravante o atenuante.
- Tope mínimo: No se establece.

Según la Resolución del 2013 (para incumplimientos del artículo 38° del RPM) se tiene lo siguiente:

Factor β :

- 
- (i) Costo evitado: La inversión que deja de realizar un concesionario al no tramitar una autorización de funcionamiento, en caso no haya sido subsanada oportunamente.
 - (ii) Costo postergado: El costo de oportunidad de no haber tramitado una autorización de funcionamiento a tiempo, es decir, es caso la infracción haya sido oportunamente subsanada por el infractor.
 - (iii) Ganancia ilícita: Utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

Factor A: Cuando se obtiene la autorización de funcionamiento antes de la imposición de la sanción, comprende un porcentaje de 10% de gradualidad del factor β y otro porcentaje de 5% del valor de la multa calculada.

Tope Mínimo: La multa no puede ser inferior al 0.01 del valor tope de la multa (VTM), y en el caso concreto no puede ser menor a 100 UIT.

Ahora bien, indica que la metodología empleada para su caso fue el escenario ex ante y los resultados son los siguientes:


$$\text{Multa} = (\text{VT}) \times (\% \text{ G}) \times (\text{factor atenuante})$$

Donde:

- a) **VT** = Valor tope de la multa, que es 10, 000 UIT y para determinar ello se tomó en cuenta lo siguiente:

$$Q1 = \beta/P, \text{ si } \beta/P \leq \text{VT}; \text{ o será igual a VT, si } \beta/P > \text{VT}$$

Donde:

- β = Beneficio ilícito.
- P = Probabilidad de detención, que en este caso es 1.0.
- VT = Valor tope de la multa.

La GSM terminó empleando VT como Q1, pues éste era menor que β/P .

- b) **% G**: se aplicó el 10% de gradualidad, pues la autorización de la recurrente fue aprobada antes de emisión de la resolución sancionadora y ello se determinó utilizando la siguiente fórmula:

$$\% \text{ G} = 0.10(Q1), \text{ si } 0.10(Q1) < 0.01VV, \text{ o es igual a } 0.01VV, \text{ si } 0.10(Q1) > 0.01VV$$

Donde:

- Q1 = VT (10, 000 UIT)
- VV = 1% de las ventas del ejercicio fiscal inmediato anterior al año del informe que sustenta el cálculo la multa.

La GSM terminó empleando VT, pues era menor que el 1% de VV.

- c) **Factor atenuante**: 5% debido a que la recurrente no es reincidente.

Teniendo en cuenta lo expuesto, indica que considerar el valor de ventas del ejercicio fiscal del año 2015 vulnera los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, por lo siguiente:

- 
- 
- A) Según la Resolución del 2013, una vez determinado el valor base de la multa (VT o β /P según corresponda), este se compara con el 1% del VV y el monto menor es el valor preliminar de la multa, al cual se aplican los factores atenuantes o agravantes y luego se obtiene la multa.
- B) Ahora bien, el beneficio ilícito es la utilidad o ganancia neta obtenida ilícitamente por el administrado (se obtiene al restar a los precios de venta todos los costos asociados a tributos y otros gastos como planilla, insumos entre otros), y el valor de las ventas de una empresa está muy lejos de ser la utilidad o ganancia neta, por lo que incluirlo como parte de la metodología para el cálculo de la multa vulnera los Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.
- C) Además, que es arbitrario, porque para obtener el valor de ventas conforme a la fórmula antes mencionada, en el presente caso se utilizó los datos del año 2015 (tres años posteriores al supuesto periodo de infracción), y se aplicó un porcentaje de 1% sin justificación alguna, bien se pudo aplicar un 0.5 %.

Por lo tanto, sin perjuicio de que la GSM no empleó el 1% de VV toda vez que Q1 resulta menor, no se debe considerar de manera alguna el valor de ventas para el cálculo de la multa.

Por otro lado, señala que la GSM debe aplicarle la Resolución del 2013, solo respecto a los aspectos que le resulten favorables, en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna.

En cuanto a ello señala que, según la Resolución del 2010, el factor β es directamente el valor base de la multa y no existe un tope mínimo, a comparación de la Resolución del 2013 en donde el factor β no siempre es el valor base de la multa, sino se compara con el valor tope de la multa o los valores de venta de las empresas infractoras para ser determinado y si existe un tope mínimo, el cual es que en ningún caso la multa puede ser menor al 1% del valor tope de la multa.

En atención a lo expuesto, considera que para el cálculo de la multa se pueden aplicar los criterios de la Resolución del 2013, siempre que no se consideren los conceptos desfavorables mencionados en el párrafo precedente, conforme al Principio de Retroactividad Benigna; ya que estos criterios no son considerados por la Resolución del 2010 que le es aplicable dado que se encontraba vigente durante el periodo de funcionamiento ilícito.

Ahora bien, si se decide continuar con el presente procedimiento, la GSM no podría imponer una multa mayor a las que ya impuso OSINERGMIN en casos similares²⁷, como por ejemplo mediante Resolución N° 16859-2012, se le impuso a COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. una multa de 636.47 UIT, por no contar con autorización de construcción y funcionamiento más una agravante. De ello, se evidencia una vez más el arbitrario cálculo

²⁷ Ver pie de página N° 8.

de la multa realizado por la GSM al imponerle a la recurrente una multa significativamente mayor, por lo que esta debe declararse nula.

Sobre la ampliación de sus argumentos de apelación.

q) Se reserva su derecho a ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

3. A través del Memorándum N° GSM-387-2016, recibido con fecha 27 de julio del 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
4. Por escrito presentado el 08 de febrero del 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400065863, CERRO VERDE presentó argumentos adicionales a su recurso de apelación, de acuerdo a lo siguiente:

Reitera los argumentos que ya fueron considerados en el literal a) del numeral 2 de la presente Resolución y sustentándose en los mismos indica que mediante escrito signado con número de expediente 2628119 presentó una consulta administrativa ante la DGM, a fin de corroborar su posición de que no tenía la obligación de contar con una autorización de funcionamiento adicional para su planta de beneficio (incluyendo el PAD 4A) fuera de la otorgada mediante la R. D. N° 399-96-EM/DGM.

Siendo así, mediante Informe N° 1833-2016-MEM-DGM/DNM del 28 de noviembre del 2016, la DGM absolvió la consulta e indicó en su numeral IV y 1.3 lo siguiente:

*“Antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM, **LA SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A. NO TENÍA LA OBLIGACIÓN DE OBTENER** una autorización de funcionamiento por etapas o alguna autorización adicional de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de su planta de beneficio, incluyendo sus componentes auxiliares o complementarios, por cuanto su autorización de funcionamiento fue otorgada antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM” (subrayado y negrita del administrado)*

*“En ese sentido, es pertinente precisar que antes de la emisión del Informe N° 251-2014-MEM-DGM-DTM/PB del 5 de agosto del 2014, **la Dirección General de Minería no contempló dentro de sus autorizaciones de construcción y/o funcionamiento como parámetro técnico la cota máxima de apilamiento del PAD de lixiviación N° 4A de la Planta de Beneficio “Cerro Verde”, sin embargo, los parámetros técnicos del referido proyecto se encuentran sustentados en diseños de ingeniería presentados por Sociedad Minera Cerro Verde S.A.**” (subrayado y negrita del administrado)*

De ello, advierte que no existe ningún documento emitido por la DGM que disponga una “limitación” vinculada a una “cota máxima de apilamiento del PAD 4A”, a diferencia de lo que señala OSINERGMIN, por lo que no requería obtener una autorización adicional de funcionamiento para apilar mineral en cualquiera de sus celdas de su PAD 4A, de la celda 1 a la 13, siempre que se mantenga dentro de los parámetros aprobados en la R. D. N° 399-96-EM/DGM (capacidad instalada de 31,000 TM/día y área de 977.24 ha.)

Asimismo, en la última parte del numeral 1.3 del Informe antes mencionado la DGM señala lo siguiente:

*“Asimismo, **Sociedad Minera Cerro Verde S.A.A. no requería obtener una autorización adicional de la Dirección General de Minería,** en la medida de que en los diseños de ingeniería presentados por*

la referida empresa a la Dirección General de Minería para su autorización, **hayan comprendido apilar mineral en las celdas 1 a la 9 del PAD N° 4, por cuanto estas fueron construidas y puestas en operación antes del año 2009 y además que en los diseños de ingeniería hayan comprendido apilar mineral en las celdas 10 a la 13, en la medida que estas fueron construidas y puestas en funcionamiento durante el año 2009;** es decir, antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM." (subrayado y negrita del administrado)



De ello, se aprecia que **la DGM señala que las celdas de la 1 a la 13 fueron construidas y puestas en funcionamiento durante el año 2009,** antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM, por lo que no requerían de una autorización adicional de la DGM para su funcionamiento. Además, el D.S. N° 020-2012-EM, que regula el otorgamiento de autorizaciones por etapas, no tiene efecto retroactivo y la R. D. N° 399-96-EM/DGM que autorizó el funcionamiento del PAD 4A no contempló una "cota de máximo apilamiento". (subrayado y negrita del administrado)

En ese sentido, indica que la DGM concluyó que no tenía obligación alguna de contar con ninguna autorización de funcionamiento adicional, fuera de la que obtuvo previamente, por lo tanto, se debe revocar la Resolución Impugnada y declarar su archivo, porque se le sancionó por el incumplimiento de una obligación que nunca existió.



ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la inexigibilidad de la autorización de funcionamiento para el caso del PAD 4A.

5. Con relación a lo argumentado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, conviene resaltar que de acuerdo al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento²⁸.

En tal sentido, considerando que a través de la resolución recurrida sólo se sancionó a CERRO VERDE por la infracción al artículo 38° del RPM, el análisis que desarrolle este Tribunal Administrativo se circunscribirá al contenido de dicha disposición legal, los hechos verificados por este Organismo durante la supervisión del 22 al 23 de mayo del 2014 al PAD de Lixiviación 4A de la concesión de beneficio "Cerro Verde 1, 2 y 3", así como a las autorizaciones emitidas por el MEM respecto al funcionamiento de dicha infraestructura.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 38° del RPM, una vez concluidas la construcción e instalación de la planta de beneficio en función a la autorización de construcción previamente otorgada, el interesado deberá dar aviso a la DGM a efectos de que dicha autoridad disponga la inspección de la construcción realizada, conforme al expediente técnico presentado por éste. Si la inspección resulta favorable, la DGM otorga la concesión y autoriza el funcionamiento de

²⁸ Cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento N° 5 de la sentencia dictada en el Expediente N° 8327-2005-AA/TC y el literal e) del fundamento N° 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0896-2009-PH/TC, que el Principio de Debido Procedimiento comprende el de Congruencia Procesal.

A su vez, el Principio de Congruencia se encuentra reconocido, a su vez, en el artículo VII del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria de conformidad con su Primera Disposición Final.

la planta, en caso se haya solicitado el otorgamiento de la concesión; o sólo emitirá la autorización de funcionamiento, tratándose de solicitudes de modificación de la concesión.²⁹

En dicho contexto, del “Informe de Supervisión Especial al PAD de Lixiviación 4A” obrante de fojas 06 a 308 del expediente, se tiene lo siguiente:

- a) El Acta de Supervisión, obrante de fojas 38 a 39 del expediente, en donde se consignó como hecho constatado N° 1 lo siguiente: *“Se verificó que el PAD de lixiviación 4A se encuentra paralizado; asimismo han apilado mineral hasta la cota 2799.68 m.s.n.m. (celda 7), la cota del pie del PAD de lixiviación es 2655.05 m.s.n.m.; asimismo, de acuerdo al diseño aprobado la altura total del PAD 4A es de 88m. Sin embargo, actualmente la medida desde la cota del pie de talud (cerca de la poza de solución rica) hasta la parte de la cota máxima de apilamiento en la Celda 7 es de 144.63m”*
- b) El diseño de ingeniería del PAD de Lixiviación 4A emitido por la empresa Knight Piésold de fecha 20 de noviembre de 1996, obrante de fojas 69 a 75 del expediente³⁰, en donde se señala que la altura total de la pila es de 88 metros.
- c) El levantamiento Topográfico realizado por la empresa “GEO Ingeniería” obrante de fojas 89 a 98 del expediente, del cual se advierte que la altura total promedio actual del PAD de lixiviación 4A es de 144.63 metros. Asimismo, se determinó la existencia aproximada de 110.63 millones m³ de material depositado en la pila 4A.
- d) El Acta de medición de campo obrante a fojas 63 del expediente, en el cual se indica que la cota máxima de apilamiento es 2,799.68 m.s.n.m. (celda 7), lo cual se corrobora con las fotografías N° 1 y 2 obrante a fojas 45 del expediente.

Cabe señalar que el PAD de Lixiviación 4A cuenta con los siguientes títulos y autorizaciones emitidos por el MEM:

| N° | RESOLUCIONES | CONTENIDO |
|----|--|--|
| 1 | Resolución Directoral N° 399-96-EM/DGM de fecha 5 de septiembre de 1996. (fojas 80 del expediente) | -Aprueba la ampliación de área de la concesión de beneficio “CERRO VERDE” de 675.84 a 977.24 hectáreas para la preparación de un PAD de lixiviación denominado “PAD 4A”. -Autoriza el funcionamiento de la planta de beneficio a una capacidad instalada de 31,000 TM/día, incluyendo todos sus componentes auxiliares y complementarios. |
| 2 | El diseño de ingeniería del PAD de Lixiviación 4A emitido por la empresa Knight Piésold, de fecha 20 de noviembre de 1996, obrante de fojas 69 a 75 del expediente | -Se señala que la altura total de la pila es de 88 metros. |
| 3 | Resolución Directoral N° 151-2002-EM/DGM de fecha 21 de mayo de 2002. | -Aprueba la ampliación de área de la concesión de beneficio “CERRO VERDE” de 977.24 a 1,031.94 hectáreas. |

²⁹ Ver pie de página N° 01

³⁰ Cabe precisar que la traducción de este documento obra de fojas 316 a 333 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 210-2018-OS/TASTEM-S2

| | | -Autoriza el funcionamiento de la planta de beneficio a una capacidad instalada de 39,000 TM/día para tratar minerales de cobre por el sistema de lixiviación en el PAD N° 4A. | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|---------------|---|--|------------------|-------------------------|---|------------------|-----------------|---------------------------------|---|-----------------|------|------|-------|---|---|------|-------|------|-------|---|-------|-------|------|-------|-------|-------|-------|------------------|-------|---------------|----------|-----------|-----------|-------------------------|--|
| 4 | Resolución Directoral N° 288-2014-MEM-DGM/V de fecha 05 de agosto de 2014. (fojas 310 a 312 del expediente) | <p>-Aprobó el Informe N° 251-2014-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 05 de agosto de 2014, que contiene el levantamiento de las observaciones del Informe N° 152-2014-MEM-DGM-DTM/PB, realizado por Cerro Verde.</p> <p>En el Rubro II del citado Informe, la DGM indica que la observación N° 5, referida a que la empresa minera debe presentar copia del Informe y Resolución que apruebe la construcción y funcionamiento del PAD 4A de lixiviación, así como los parámetros geométricos (área de almacenamiento, volumen de apilamiento, cotas, taludes, entre otros) con las cuales fue aprobada su funcionamiento; fue absuelta conforme al siguiente cuadro:</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <thead> <tr> <th>Fases</th> <th>Área (Ha)</th> <th>Volumen (MM m³)</th> <th>Tonelaje (MM tm)</th> <th>Cota (m.s.n.m.)</th> <th>Permiso/Documentos Ambientales.</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>1</td> <td style="text-align: center;">80.0 (*)</td> <td style="text-align: center;">7.09</td> <td style="text-align: center;">14.4</td> <td style="text-align: center;">2,659</td> <td rowspan="4" style="vertical-align: top;">(*) Expediente de la modificación de la concesión de beneficio "Planta de Beneficio Cerro Verde", aprobado por R.D. N° 339-96-EM/DGM del 05 de septiembre de 1996. Respecto a los otros datos fueron obtenidos de los expedientes de ingeniería de detalle y los registros de operación de SMCV.</td> </tr> <tr> <td>2</td> <td style="text-align: center;">94.8</td> <td style="text-align: center;">25.42</td> <td style="text-align: center;">51.6</td> <td style="text-align: center;">2,681</td> </tr> <tr> <td>3</td> <td style="text-align: center;">134.3</td> <td style="text-align: center;">44.48</td> <td style="text-align: center;">90.3</td> <td style="text-align: center;">2,701</td> </tr> <tr> <td>Final</td> <td style="text-align: center;">148.5</td> <td style="text-align: center;">76.85</td> <td style="text-align: center;">156.0 (*)</td> <td style="text-align: center;">2,750</td> </tr> <tr> <td>Recrecimiento</td> <td style="text-align: center;">148.5(*)</td> <td style="text-align: center;">102.2 (*)</td> <td style="text-align: center;">207.5 (*)</td> <td style="text-align: center;">2.799 (*) 2.774 (**)</td> <td>Se precisa que el PAD 4A está mencionado e incluido en los siguientes documentos ambientales (...)</td> </tr> </tbody> </table> <p>Asimismo, en el numeral 3.3 del Rubro III, se indica que se advierte que la empresa ejecutó los trabajos para el recrecimiento e independización hidráulica del PAD de lixiviación 4A el año 2009, sin tener la autorización correspondiente.</p> <p>-Aprobó el proyecto de modificación de la concesión de beneficio planta de beneficio Cerro Verde para incrementar la capacidad de almacenamiento de mineral y la independización hidráulica de las celdas 10 a la 13 del PAD de Lixiviación 4A.</p> <p>-Autorizó la construcción de las obras civiles e instalaciones auxiliares en el PAD de lixiviación 4A, en vía de regularización, sin eximir al titular minero de las responsabilidades por haber incumplido con el procedimiento regular del trámite de autorización de construcción ante el Ministerio de Energía y Minas. (subrayado y negrita es nuestro)</p> | Fases | Área (Ha) | Volumen (MM m ³) | Tonelaje (MM tm) | Cota (m.s.n.m.) | Permiso/Documentos Ambientales. | 1 | 80.0 (*) | 7.09 | 14.4 | 2,659 | (*) Expediente de la modificación de la concesión de beneficio "Planta de Beneficio Cerro Verde", aprobado por R.D. N° 339-96-EM/DGM del 05 de septiembre de 1996. Respecto a los otros datos fueron obtenidos de los expedientes de ingeniería de detalle y los registros de operación de SMCV. | 2 | 94.8 | 25.42 | 51.6 | 2,681 | 3 | 134.3 | 44.48 | 90.3 | 2,701 | Final | 148.5 | 76.85 | 156.0 (*) | 2,750 | Recrecimiento | 148.5(*) | 102.2 (*) | 207.5 (*) | 2.799 (*) 2.774 (**) | Se precisa que el PAD 4A está mencionado e incluido en los siguientes documentos ambientales (...) |
| Fases | Área (Ha) | Volumen (MM m ³) | Tonelaje (MM tm) | Cota (m.s.n.m.) | Permiso/Documentos Ambientales. | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 1 | 80.0 (*) | 7.09 | 14.4 | 2,659 | (*) Expediente de la modificación de la concesión de beneficio "Planta de Beneficio Cerro Verde", aprobado por R.D. N° 339-96-EM/DGM del 05 de septiembre de 1996. Respecto a los otros datos fueron obtenidos de los expedientes de ingeniería de detalle y los registros de operación de SMCV. | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 2 | 94.8 | 25.42 | 51.6 | 2,681 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 3 | 134.3 | 44.48 | 90.3 | 2,701 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Final | 148.5 | 76.85 | 156.0 (*) | 2,750 | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| Recrecimiento | 148.5(*) | 102.2 (*) | 207.5 (*) | 2.799 (*) 2.774 (**) | Se precisa que el PAD 4A está mencionado e incluido en los siguientes documentos ambientales (...) | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 5 | Resolución Directoral N° 349-2015-MEM-DGM/V de fecha 4 de agosto de 2015. (fojas 416 a 418 del expediente) | <p>-Aprobó el Informe N° 243-2015-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 13 de agosto de 2015.</p> <p>-Aprobó en vías de regularización el apilamiento en el PAD de Lixiviación PAD 4A de la concesión de beneficio "Planta de Beneficio Cerro Verde", hasta la cota 2,800 m.s.n.m. en un área de 14.8495 hectáreas, debido a que en el mencionado componente minero se apiló mineral sin autorización, y la independización hidráulica de las celdas 10 a la 13 del PAD de Lixiviación PAD 4A. (subrayado y negrita es nuestro)</p> <p>-Autorizó el reinicio de las operaciones de riego del PAD de Lixiviación 4A y de la zona de independización hidráulica que comprenden las celdas 10 a la 13 PAD de Lixiviación 4A con un flujo de riego máximo de 5000 g/min (+-10% por condiciones operativas).</p> | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |

En función a dicha información, la GSM emitió la resolución recurrida sancionando a CERRO VERDE, toda vez que dicha empresa había apilado mineral en el PAD de lixiviación 4A hasta la cota 2799.68 m.s.n.m. (celda 7) sin contar con autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería, por los siguientes fundamentos:

- a) Que la pila de lixiviación 4A contaba con autorización de funcionamiento aprobada por R. D. N° 339-96-EM/DGM del 5 de septiembre de 1996, en cuyo diseño se contempló una capacidad máxima de disposición de 76.85 millones m³ de mineral a tratar en una pila de 88 metros de altura total, hasta la cota final de 2750 m.s.n.m.
- b) En atención a ello, en la supervisión realizada del 22 al 23 de mayo del 2014 a la unidad minera "Cerro Verde 1, 2 y 3", se verificó que dicha empresa había excedido la capacidad máxima de disposición en 33.78 millones m³ de mineral (capacidad autorizada 76.85 MM m³/ capacidad constatada 110.63 MM m³), la altura total de la pila en 49.68 metros (altura autorizada 88m/ altura constatada 144.63m) y la cota final de 2,750 a 2,799.68 m.s.n.m. (celda 7).
- c) Siendo así, CERRO VERDE, al haber realizado una modificación sustancial al proyecto original de la concesión de beneficio, debió seguir el procedimiento establecido en el artículo 38° del RPM; esto es, solicitar la modificación de la concesión y obtener una autorización de funcionamiento.
- d) Por consiguiente, si bien a través de la Resolución N° 39-96-EM/DGM del 5 de septiembre de 1996 se autorizó el funcionamiento de la planta de beneficio "CERRO VERDE" a una capacidad instalada de 31,000 TM/día, así como de sus servicios auxiliares e instalaciones complementarias, dicho título habilitante no le autorizó a funcionar el PAD de lixiviación 4A hasta la cota 2,799.68 m.s.n.m. (celda 7); toda vez que de acuerdo a su diseño de ingeniería sólo contaba con autorización para operar dicha infraestructura hasta la cota 2,750 m.s.n.m.
- e) Lo indicado se corrobora con la Resolución Directoral N° 288-2014-MEM-DGM/V, del 5 de agosto de 2014, en la cual la Dirección General de Minería autorizó "la construcción de las obras civiles e instalaciones auxiliares en el PAD de lixiviación 4A, en vía de regularización, sin eximir al titular minero de las responsabilidades por haber incumplido con el procedimiento regular del trámite de autorización de construcción ante el Ministerio de Energía y Minas". (subrayado es nuestro)
- f) Asimismo, en el numeral 3.3 del Rubro III del citado informe se indica que "la empresa ejecutó los trabajos ejecutados para el recrecimiento e independización hidráulica del PAD de lixiviación 4A el año 2009, sin tener la autorización correspondiente.³¹

No obstante lo anterior, durante toda la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador CERRO VERDE ha venido sosteniendo que nunca estuvo obligada a obtener una autorización de funcionamiento adicional para su PAD 4A fuera de la que obtuvo mediante R. D. N° 339-96-EM/DGM del 5 de septiembre de 1996, debido a que mediante ésta se la autorizó a funcionar la planta de beneficio "CERRO VERDE" incluyendo todos sus componentes

³¹ Lo señalado por la DGM se corrobora con el Informe de Supervisión GSM-218-2009 de fecha 19 de octubre del 2009 obrante de fojas 397 a 400 del expediente, del cual se desprende que OSINERGMIN en fecha 1 de octubre del 2009, realizó una supervisión a la Unidad Minera "YAUICOCHA", en donde constató que en el PAD de Lixiviación 4A se venía formado la capa 16 con mineral chancado a una cota promedio de 2742 m.s.n.m. por lo que se encontraba próximo a la cota de diseño de 2750 m.s.n.m.

Posteriormente, en fecha 30 de setiembre de 2013 CERRO VERDE presentó a OSINERGMIN el "Informe de Balance de Flujos de Lixiviación del PAD 4A", obrante de fojas 393 a 394 del expediente, en donde informó que se dejó de apilar mineral chancado sobre la pila 4A, esto es cuando se alcanzó la cota 2799.68 m.s.n.m.

principales y auxiliares, incluido el PAD 4A, sin establecer un parámetro adicional para su funcionamiento como: “cota máxima de apilamiento” u “obtener una autorización de funcionamiento adicional”.

Además, manifiesta que recién a partir de la emisión del D.S. N° 020-2012-EM se crea la figura de la “Autorización de funcionamiento por Etapas”, la cual establece que la DGM puede otorgar autorizaciones de funcionamiento adicionales y posteriores al título de concesión de beneficio o modificación.

Al respecto, de los documentos antes descritos se desprende que en el expediente de la modificación de la concesión de beneficio “Planta de Beneficio Cerro Verde”, aprobado por la R.D. N° 339-96-EM/DGM del 5 de septiembre de 1996, solo se consideraron como parámetros de diseño para la construcción y funcionamiento del PAD de Lixiviación 4A, el área impermeabilizada (80 hectáreas) y el tonelaje (156 MM).

En cuanto a los otros datos que señala la GSM, estos se obtuvieron a partir del diseño de ingeniería del PAD de Lixiviación 4A emitido por la empresa Knight Piésold de fecha 20 de noviembre de 1996, en donde se señala que la altura total de la pila es de 88 metros; sin embargo, la administrada ha señalado que este documento fue emitido posteriormente a la R.D. N° 339-96-EM/DGM del 5 de septiembre de 1996, por lo que no pudo haber sido aprobado por ésta.³²

Sobre el particular, efectivamente en la Resolución Directoral mencionada no se contempló como parámetro técnico la cota máxima de apilamiento del PAD de lixiviación 4A, lo cual es confirmado por la DGM en el numeral 1.3 del Informe N° 1833-2016-MEM-DGM/DNM, obrante de fojas 568 a 569 del expediente, en el cual indica que no contempló dentro de sus autorizaciones de construcción y/o funcionamiento como parámetro técnico la cota máxima de apilamiento del PAD de lixiviación N° 4A.

Así también, en el informe antes señalado la DGM indica que antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM, CERRO VERDE no tenía obligación de obtener una autorización adicional de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de su planta de beneficio, incluyendo sus componentes auxiliares o complementarios.

Ello, debido a que su autorización de funcionamiento fue otorgada antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM y además que las celdas 1 a la 13 del PAD N° 4A fueron construidas y puestas en funcionamiento antes y durante el año 2009; es decir, antes de la entrada en vigencia del decreto mencionado.

Ahora bien, a CERRO VERDE se le sanciona por haber apilado mineral en el Pad de lixiviación 4A hasta la cota 2799.68 m.s.n.m. (celda 7) sin contar con autorización de funcionamiento de la DGM; sin embargo, conforme a los párrafos precedentes **la propia DGM, que es la autoridad competente que se encarga de emitir las autorizaciones de construcción y funcionamiento de las concesiones de beneficio**³³, indica que CERRO VERDE no requería obtener una autorización

³² Cabe señalar que en la diligencia de inspección se debe verificar el cumplimiento de los parámetros y condiciones “aprobados” en el Estudio Técnico del Proyecto. (énfasis agregado)

³³ D.S. 031-2007-EM. Artículo 98.- La Dirección General de Minería tiene las funciones y atribuciones siguientes:
“Artículo 98.- La Dirección General de Minería tiene las funciones y atribuciones siguientes: (...)”

adicional para operar el Pad 4A, por cuanto las celdas 1 a la 13 (en donde estaría incluida la celda 7) fueron construidas y puestas en funcionamiento antes y durante el año 2009, esto es, antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM. (subrayado y negrita es nuestro)

En tal sentido, toda vez que es competencia de la DGM dar las autorizaciones de funcionamiento y que dicha entidad ha indicado que CERRO VERDE no requería obtener un autorización de funcionamiento para la celda 7 del PAD de lixiviación 4A toda vez que fue construida antes de la entrada en vigencia del D.S N° 020-2012-EM, esta Sala concluye que CERRO VERDE no habría infringido el artículo 38° del RPM.

Aunado a ello, se tiene que la DGM habría dado la misma opinión en el Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015, que obra en el expediente N° 038-2011, seguido contra GOLD FIELDS LA CIMA S.A., la cual interpuso un recurso de apelación; caso en el cual este Tribunal emitió la Resolución N° 139-2015-OS/TASTEM-S2, en la cual declaró fundado su recurso de apelación sustentándose en el mencionado informe.³⁴

En esa línea, cabe precisar que de acuerdo al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima regulado en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444³⁵, la autoridad administrativa brinda a los administrados información veraz, completa y confiable de cada procedimiento a su cargo, de modo tal que el administrado pueda tener una comprensión sobre los posibles resultados que se podrían obtener. Asimismo, las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas de los administrados generadas por las prácticas y los antecedentes administrativos. (subrayado es nuestro)

Por lo tanto, en virtud del Principio de Predictibilidad y los fundamentos precedentes, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la recurrente; y, por consiguiente, disponer el archivo del presente procedimiento.

6. En atención a lo indicado en el numeral precedente, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a lo sostenido en los literales b) al h) y j) al p) del numeral 2 de la presente resolución.

g. Otorgar los títulos de concesiones de beneficio, labor general y transporte minero, así como aprobar sus modificaciones y autorizar la construcción de labores de acceso, ventilación y desagüe en concesiones mineras vecinas; (...)"

³⁴ Resolución N° 139-2015-OS/TASTEM-S2.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

6. (...) En este contexto, se advierte que existe una clara contradicción entre los pronunciamientos del MEM, detallados en el cuadro consignado líneas arriba y el Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011, emitido en atención a una consulta formulada por OSINERGMIN; y el contenido del citado Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015, emitido en atención a una consulta particular de GOLD FIELDS; toda vez que de los primeros se desprende que dicha empresa debía solicitar autorizaciones de funcionamiento por etapas de acuerdo al avance constructivo del depósito de relaves; mientras que en el segundo se afirma que GOLD FIELDS no tenía la obligación de comunicar a la DGM la culminación de cada etapa para obtener la autorización de funcionamiento respectiva.

(...) se advierte que la DGM, ratificando la opinión contenida en el Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015, aclara el contenido de sus pronunciamientos señalando que, en efecto, mediante Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 26 de agosto de 2008 autorizó el funcionamiento del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona" hasta la cota máxima de 3,800 m.s.n.m.; lo que significa que GOLD FIELDS sí contaba con autorización para operar dicha infraestructura por encima de la cota 3,720 m.s.n.m. a la fecha de la supervisión que motivó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador. (...)

³⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. (...)"

De conformidad con el numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – **DECLARAR FUNDADO** el recurso de apelación presentado por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1887-2016 de fecha 21 de junio del 2016 y, en consecuencia, disponer el **ARCHIVO** del presente procedimiento por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.



JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

